

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

BRUNO MOTA CESCO
LAURA DE OLIVEIRA AZEVEDO SILVA

Presidente Prudente/SP

2019

A CRIMINALIZAÇÃO DE HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bruno Mota CESCO¹
Laura de Oliveira Azevedo SILVA²

RESUMO: Esse artigo irá colocar em pauta de discussão os questionamentos envolvidos na problemática da Criminalização da Homofobia e o porquê de criminalizá-lo. Tem como objetivo fazer uma análise sobre o tema para que possamos olhar uns aos outros de maneira igualitária, pois independente de cor, sexo, religião e tudo que nos cercam, somos legítimos do jeito que somos.

Palavras-chave: Criminalização da Homofobia. Homossexualismo. Ativismo Judicial e Judicialização. Preconceito. Direito Penal. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata-se de um tema muito abordado e discutido atualmente no meio jurídico e social, colocando em pauta a Criminalização da Homofobia, deixando duas vertentes em dúvida: a primeira que é porque competiu ao Supremo Tribunal Federal julgar o caso e a segunda se é necessário de fato a criminalização.

Esse trabalho dissertará sobre conceito histórico e uma análise atual sobre o homossexualismo e homofobia, o que é fundamental para que possamos entender e questionar esse tema sob a ótica do ativismo judicial visando prevalência da dignidade da pessoa humana acima de tudo.

2 CONCEITO E HISTÓRIA DA HOMOFOBIA

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail brunocmota3@gmail.com

² Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail laurazeoli@hotmail.com

Ao conceituarmos a homofobia, é de grande relevância entender que mesmo ao passar dos anos em nossa sociedade, essa expressão ainda é usada até hoje. No Brasil, meados da década de 1970, surge uma acepção de sentimentos negativos (tais como raiva, ódio, medo). Nesse conceito, Rogério Diniz Junqueira (2007) diz em seu artigo “Homofobia: limites e possibilidades em meio a disputa” - que o termo Homofobia foi fundamentado pelo psicólogo Weinberg e consiste na junção de dois radicais gregos, sendo o primeiro “homo” (semelhante), se referindo a um todo tendo uma referência integral à pessoa homossexual e o segundo “fobia” (medo), tendo origem do grego, significando amedrontamento de forma geral.

Hodiernamente encontramos pessoas que não aceitam a homossexualidade, seja por religião sendo considerados como promiscuidade, preceitos familiares ou por próprio preconceito, aversão e assim sendo chamados homofóbicos.

Para a psicologia, ao passar dos anos foi entendido que essa raiva posta contra os homossexuais era tratado como uma “projeção”, ou seja, tudo aquilo que faz mal para o homem ele culpa algo externo, como a AIDS, era muito comum a sociedade achar que o “aidético” tinha relação apenas com homossexuais e que nunca poderia ser pertencente a um heterossexual. Assim para as pessoas mais leigas e ignorantes daquela época, seria uma anormalidade, fazendo com que ensinassem indiretamente os seus descendentes a ter uma repugna a esse tipo de gente. Em alguns casos, aqueles que guardam esse sentimento é porque ainda não definiu sua opção sexual, gerando revoltas, que são transmitidas para aqueles que já aceitaram as suas preferências sexuais.

Ao fazermos uma passagem pela história, analisaremos três períodos diferentes, fazendo um raciocínio de como foi sua evolução. Começado pela Grécia antiga, onde a homossexualidade não equivalia ao que modernamente designa-se por este vocábulo, pois, atualmente a relação de um homem com o outro significa a relação amorosa como de um casal heterossexual, ao passo que na Grécia só se admitia a cópula homossexual entre um grego e um escravo.

No mesmo raciocínio tínhamos Platão, que abordava sobre homossexualidade não sendo de fato um amor platônico, mas sim “pederastia”, atração erótica de um homem com idade acima de trinta anos, por um jovem rapaz de quatorze anos, como era o caso de Sócrates com alguns de seus discípulos pois, nesta época não havia problemas com essa escolha, porém, essa idéia não se

perdurou muito ao tempo, com a evolução do mundo e a presença do cristianismo na Idade Média, surge uma forte repulsa a homossexualidade, especificamente após o Papa Gregório instituir o direito ao Tribunal do Santo Ofício, onde foram registradas 4.419 denúncias de sodomia, dos quais, 30 foram enviados à Metrópole e condenados à fogueira, um dos atos mais cruéis praticados contra um ser vivente.

Por fim temos nossa sociedade evoluída, denominada por alguns de “Revolução 4.0”, onde máquinas já atuam sobre o trabalho braçal, pessoas desenvolveram seus pensamentos e apreenderam a viver em comunidade, mas, porém, ainda não conseguiram suportar a capacidade de conviver com pessoas que tenham outro tipo de orientação sexual. Mesmo com toda essa evolução do século XXI acabam praticando atos banais ferindo a dignidade de uma pessoa, tratando-as como lixo, para que possamos concretizar essa afirmação, basta analisarmos pesquisas feitas por jornais, revistas e até mesmo na internet como mencionado recentemente pelo jornal O Estadão (2014):

SÃO PAULO - A cada hora, um homossexual sofre algum tipo de violência no Brasil. Nos últimos quatro anos, o número de denúncias ligadas à homofobia cresceu 460%. Segundo números obtidos pelo Estado, o Disque 100, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDHPR), registrou 1.159 casos em 2011. Neste ano, em um levantamento até outubro, os episódios de preconceito contra gays, lésbicas, travestis e transexuais (LGBT) já superam a marca de 6,5 mil denúncias. Os jovens são as principais vítimas dos atos violentos e representam 33% do total das ocorrências. A cada quatro casos de homofobia registrados no Brasil, três são com homens gays.

É importante ressaltarmos que evoluímos, mas talvez estejamos evoluindo inversamente, pois, cada vez mais aumentam os atos praticados contra homossexuais. Infelizmente está sendo difícil reverter o ocorrido, em razão de que tínhamos uma aceitação melhor da homossexualidade na antiguidade, do que temos hoje, sendo assim, acabam praticando atos maléficos de maneira exponencial, trazendo pavor para os LGBT`S, pois são tratados como doentes, fazendo nós refletirmos e pensarmos se a homossexualidade é doença ou a sociedade lhe deixa doente.

De fato, o homossexualismo era antigamente considerado como uma doença ou aberração, mas houve uma mudança perante isso, adverso da sociedade, tal como contextualiza Junqueira (2007):

[...] em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria (APA) retirou a homossexualidade de seu Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais e que, em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) excluiu-a do Código Internacional de Doenças (CID). Lembra-se também que, no Brasil, os Conselhos Federais de Medicina (desde 1985) e de Psicologia (somente desde 1999) não consideram a homossexualidade como doença, distúrbio ou perversão.

Diante dos parâmetros históricos acima vistos, podemos concluir e conceituar a homofobia como a repulsa de seres humanos contra outros apenas por optarem a ter relação homossexual, ou seja, gostar do mesmo sexo e essas pessoas são consideradas exclusas, inferiores ou anormais perante a maioria da sociedade.

O artigo 5º, da Constituição Federal, é específico quando diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sabemos também que o objetivo fundamental da República como cita o livro Brasil Sem Homofobia (2004 p.5), é “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer forma de discriminação”. Em contrapartida, sabemos que, na prática, essa não é a realidade e cada vez mais homossexuais vem sendo agredidos verbalmente, psicologicamente e fisicamente, podendo chegar até a morte.

3 HOMOSSEXUAIS COMO PARTE EXCLUÍDA DA SOCIEDADE

Apesar de ter acontecido mudanças significativas e pregarmos tanto sobre a igualdade, sabemos que essa só está na teoria, pois na prática a homossexualidade é um grupo excluído da sociedade e por isso da criminalização, pois se todos se tratassem igualmente não haveria preconceito.

O preconceito nasce a partir do momento que não aceitamos a condição da outra pessoa. No caso da homofobia, o preconceito vem a partir do

incômodo que gera a orientação sexual de outro ser humano e nesse aspecto Dráuzio Varella (2018) comenta:

“Que diferença faz para você se o seu vizinho dorme com outro homem, ou se sua vizinha é apaixonada pela colega de escritório, se faz diferença para você procura um psiquiatra [...] duas pessoas se amam e são do mesmo sexo, o que isso me atinge? Você vai discutir esse comportamento como se fosse aberração da natureza? Homossexualidade existe com todos os mamíferos, uma condição biológica. Você não chega a uma fase da vida onde você se pergunta o que serei? homossexual ou heterossexual? A sexualidade é, ela se impõe daquele jeito, temos mulheres e homens que gosta do mesmo sexo e entre esses dois extremos temos uma gama enorme de comportamento sexuais, o que não podemos é impor nossa condição para os outros”.

Segundo site do Senado Federal (2018), o Brasil é o País que mais mata homossexual no mundo. Muitas vezes casais homossexuais não andam de mãos dadas ou fazem trocas de carinho em público porque temem ser agredidos, apenas por sua orientação sexual. São chamados de crimes de ódio, quando criminoso escolhe a vítima por pertencer a um determinado grupo; não aceitam as diferenças sejam elas relacionadas a raça, religião, orientação sexual, deficiência física ou mental. “A cada 48 horas uma pessoa “trans” ou uma travesti é assassinada no Brasil.” O dado foi apresentado em uma entrevista na Rádio Senado por um defensor público e participante identidade de gênero e cidadania LGBTI, Atanásio Darcy Lucero Junior.

Afirma dizendo que muitos não são aceitos pela família, não tem acesso à educação formal e em consequência não tem acesso a emprego. A Associação Nacional dos Travestis e Homossexuais (ANTRA) faz uma alerta: “90% das pessoas “trans” e travesti recorrem a prostituição e por conta disso muitas ficam exposta a violência”. Outra consequência, segundo ele é que, a expectativa de travesti é de 35 anos contra a média do Brasil que é 75 e conclui dizendo que apesar do homicídio ser a violência mais grave, a população LGBT sofre outros tipos de agressões, físicas, psicológicas e ficando expostos a ridicularização

E é exatamente por conta desse “ódio da sociedade” que muitos homossexuais adotam uma postura radical mudando o modo de ser e se estabelecendo como “muralhas”. Ou seja, para impor respeito, acabam se tornando grossos ou agressivos perto de outras pessoas intolerantes.

Nesse sentido a lei vem como proteção, pois ela existindo, as pessoas passarão a olhar de maneira mais respeitosa ou inerte sobre essa situação. A partir do momento que é colocado a pessoa sob risco de pena elas começam se policiar, diminuindo então as questões de homofobia. Não estamos querendo dizer que o preconceito irá acabar, mas as pessoas passarão a olhar para essa sociedade de maneira que ela não seja excluída e sim incluída. Não é uma questão de impor a elas algo inaceitável, mas sim, fazer com que vejam que são pessoas e são dignos, assim como qualquer um outro. Então porque não ter uma lei que regulamente?

4 DO ATIVISMO JUDICIAL E O PODER LEGISLATIVO NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Um dos assuntos mais debatidos ultimamente é sobre o ativismo judicial que se insere na questão da criminalização da homofobia, assim entendido como o envolvimento do Poder Judiciário nos assuntos que caberiam ao Poder Legislativo resolver.

Nesse aspecto Beccaria argumenta (2004, p. 20):

“[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer as leis penais não podem residir senão na pessoa do legislador que representa toda sociedade unida por um contrato social. [...] Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com a justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumentam um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, sob o pretexto do bem público aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.”

Uma parte da doutrina entende que isso se dá em razão da inércia ou omissão do Poder Legislativo e desse modo o Supremo Tribunal Federal tem que

fazer valer o que está na Constituição Federal, e no caso concreto, ressaltando que o art. 2º, da Constituição Federal dispõe sobre a divisão dos poderes independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Segundo Alexandre Moraes (2016, p.315) “com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-lo com a exclusividade absoluta.” E esse é o ponto crucial do artigo aqui descrito. Como o Poder Judiciário irá ultrapassar do seu limite expresso e dividido em lei, para expandir em caso onde compete ao Poder Legislativo criar, editar ou incluir?

Para explicar esse questionamento é necessário saber do que se trata o ativismo e a judicialização na lição de Fernanda Souza Hutzeler (2018 p.77)

A judicialização é um fenômeno bastante complexo e possui diferentes dimensões. Podemos dizer que, na judicialização da política há um movimento de transferência de decisão do Poder Legislativo para o poder judiciário, o qual passa estabelecer normas de conduta a serem seguidas pelos demais poderes.

Assim a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias de políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Cumprir destacar que a judicialização e ativismo judicial são fenômenos distintos: Judicialização é o movimento pelo qual o Poder Judiciário decide questões de natureza política que, dentro da divisão de competência normais dos poderes, estariam afetando originalmente aos Poderes Legislativos e Executivo; e por sua vez, o ativismo é a própria atuação expansiva do poder judiciário na interpretação da Constituição para melhor potencializar e efetivar valores e fins constitucionais, devendo para isso, ir além do próprio legislador ordinário.

Também a este respeito leciona Luís Roberto Barroso (2012):

“O Ativismo Judicial tem face positiva significa o Poder Judiciário está atendendo demandas sociais importantes que não foram atendidas a tempo e a hora pelo poder legislativo, e a negativa é a de que o poder legislativo, muitas vezes não consegue atuar para atender essas demandas sociais,

mais evidentemente não é desejável a expansão crescente indefinida e ilimitada do Poder Judiciário. Portanto o desejável mesmo é que o poder legislativo resgate sua capacidade de produzir consensos operar de maneira funcional e conseqüentemente atender ele essas demandas social. [...] Ao contrário do que supõe o imaginário social as decisões do Supremo elas embora envolva a judicialização das matérias, normalmente não são decisões ativistas, são decisões de alto contenção, algumas das questões mais complexas que foram judicializada, o judiciário decidiu preservando a vontade do legislativo. [...] O quadro muda de figura quando o legislativo não tenha atuado em uma matéria que a constituição demandava sua atuação ou quando estivesse em jogo direitos fundamentais e aí diante da eventual inercia do legislador ou da omissão do executivo, o judiciário não só pode, como deve atuar, porque ele tem o dever de fazer valer a constituição e o dever de tomar decisões envolvendo os casos concretos, e aí sim podem-se considerar como decisões mais expansivas do judiciário a decisão que chancelou as uniões homoafetivas equiparando-as uniões estáveis heterossexuais. [...] Portanto não havendo lei e havendo relação homoafetivas, é um fato da vida, e o que vale a vida são nossos afetos e conseqüentemente o judiciário numa decisão, ousada, importante e corajosa, estabeleceu que as uniões homoafetivas deve ser tratadas da mesma forma das uniões estáveis comuns porque baseadas no mesmo pressupostos afeto e um projeto de vida em comum.

Muitos doutrinadores apontam o ativismo judicial como um enorme perigo a democracia, ou seja, através de uma decisão manipulam o sistema jurídico adicionando uma nova regra, regra essa que é de competência do Poder Legislativo afetando deste modo a segurança jurídica do Estado, pois como salientado por Ronald Dworkin (1986 apud ALEXANDRE MORAES, 2016, p.550) [...]

“o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

A melhor explicitar quanto acima disposto, o ilustre Jurista e Ministro Eros Grau em seu livro “Por que tenho medo dos juízes” (2018, p.22) prossegue:

[...] os juizes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam – fazem-no cotidianamente! - Os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. [...] insisto nesse ponto: juizes não podem decidir subjetivamente de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis)

No caso da homofobia, não existe uma lei que regule e os grupos que moveram as ações até a Suprema Corte alegam que no artigo 5º da Constituição Federal, ao não legislarem sobre a homofobia, Deputados e Senadores estariam omitindo inconstitucionalmente. Também pediram ao Supremo que dessem um prazo para a criação da Lei. O Ministro Celso de Mello então propõe que enquanto o Legislativo não se manifestasse, a homofobia seja incluída na lei do racismo. E nesse contexto explica Beccaria (2004, p. 22)

[...]Qual será então o legítimo interprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz, cuja o dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem cometeu um ato ofensivo às leis [...]

Diante de tudo o que vimos até o presente momento podemos constatar a mesma linha de pensamento de Cesar Beccaria (2004 p. 21) que diz “[...] julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores [...]” ou seja, concluímos nesse tópico que a competência correta para que se crie uma Lei é da pessoa do legislador e que quando ultrapassam os limites estabelecidos em Lei acarretam uma série de problemas como a insegurança jurídica. Visto isso, passaremos para o tópico seguinte, para que possamos compreender um pouco mais sobre a Lei 7.716/1989 que define crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

5 A CRIMINALIZAÇÃO A LUZ DA LEI 7.716/1989

Ao decorreremos o esboço deste trabalho, formamos um entendimento do grau de fragilidade sofrido pelos homossexuais e que é de grande importância e

a criminalização da homofobia. Mas uma dúvida ainda não esclarecida é porque deve ser incluída junto a Lei 7.716/1989. É entendido que no decorrer de nossa história o mundo evoluiu, mas a sociedade brasileira demorou a perceber que o princípio da igualdade não era suficiente para defender uma ordem social, justa e democrática. Por isso, surgem inovações na Constituição proibindo expressamente a discriminação como exposto no artigo 3º, IV, da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Todavia, com o surgimento deste dispositivo não foi possível que chegássemos ao fim de toda desonra praticada pela sociedade, entretanto, foi um grande avanço para que o legislador interpretasse e criasse um dispositivo de cunho punitivo. No Brasil, após a abolição da escravatura, ainda existia um preconceito com a raça negra, sendo assim, o Legislativo se fez presente e criou a Lei 7.716/1989 para proteger aquelas vítimas da época, trazendo um conforto e segurança jurídica para ofendido, penalizando o ofensor de maneira que destituísse ele a praticar novamente tal ato.

Desta vez a pauta que nos acerca é sobre a Criminalização da Homofobia, isto é, trazer direitos para os excluídos que ainda sofrem, nesse caso sabemos que o Supremo Tribunal Federal tomou o entendimento para si e está tentando solucionar determinada questão, pois é perceptivo que esse problema é de grande interesse nacional, mas que mesmo estando em discussão, ainda não foi possível haver uma solução justa. Com isso foi preciso que algumas Constituições Estaduais tomassem uma iniciativa e criassem dispositivos protegendo os habitantes de sua urbe, tendo como exemplo São Paulo exposto pelo site G1 (2012):

Em São Paulo, a prática da homofobia é crime desde 2001, conforme a Lei 10.948/2001, originada do Projeto de Lei 667/2000 do ex-deputado Renato Simões. De acordo com ela, configuram homofobia os atos de agressão física ou psicológica e o impedimento de acesso a direitos garantidos na Constituição ou a locais públicos ou privados baseado em discriminações contra homossexuais, bissexuais e transgêneros.

Ao fazermos uma análise mais ampla, percebemos que não somente os estados brasileiros aderiram esse conceito, mas também outros países tiveram essa iniciativa ao passo que a discriminação tomou uma proporção diferente. Com o passar do tempo, incluíram esse entendimento ao seu Código, temos por exemplo o Canadá, Espanha, entre outros, por fim, podemos destacar o Chile, que se tornou o primeiro da América Latina a aprovar uma lei antidiscriminação, como mostra uma matéria feita também pelo G1 (2012):

O novo texto da lei, que define o conceito de discriminação arbitrária como "toda distinção, exclusão ou restrição que careça de justificativa razoável", é considerada um passo à frente da sociedade chilena, que vai contra seu tradicional conservadorismo, apenas oito anos depois de o país estabelecer o divórcio. A nova Lei Antidiscriminação permite que uma pessoa que se sinta discriminada, seja por raça, etnia, nacionalidade, necessidades especiais, condição social, religião ou orientação sexual possa entrar com uma ação contra o agressor.

Com esse raciocínio do Chile, o Brasil há algum tempo já vem com idéias de criminalizar a homofobia, em meados de 2012 e 2013, duas ações de criminalização da LGBTfobia (preconceito, violência e discurso de ódio propagado contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) tramitam no Supremo, sendo uma delas a ADO N°. 26 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, onde foi proposta pelo PPS Partido Popular Socialista, e a outra, um Mandado de Injunção (MI 4.733), impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais conhecida como ABGLT, porém, em ambas, não foi possível lograr êxito.

Após toda polêmica foi possível avançarmos. No dia cinco de junho de 2019, o Supremo retomou a pauta deste tema, incluindo a criminalização da homofobia junto a Lei 7.716/1989, pacificando o entendimento que é crime e trazendo um conforto para os excluídos.

Esta pauta foi dividida entre dois pensamentos: o primeiro, os defensores da criminalização, como foi a Ministra Carmen Lúcia (2019), defendendo que:

“Em uma sociedade discriminatória em que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é diferente, o transexual é diferente, diferente de quem traçou o modelo, porque tinha poder pra ser o espelho e não o retratado”

A ministra ainda expõe: “todo preconceito é violência, toda discriminação é causa de sofrimento”. Na mesma linha de pensamento temos o Ministro Luís Roberto Barroso (2019):

“Mesmo depois de Copérnico, Galileu e Keller com a teoria heliocêntrica dos cosmos, de Darwin com a Origem das espécies e a seleção natural, da revolução da física moderna, trazida pelas leis de Newton, pela teoria da relatividade, pela mecânica quântica e a recente confirmação do bóson de higgs, a chamada partícula de Deus, o sentimento de religiosidade não morreu e se a religião sobreviveu a tudo isso, não será a criminalização da homofobia que irá abala-la”

Tivemos também os votos dos Ministros Celso de Mello, Luis Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes, que votaram a favor.

Por fim e oposto a essa idéia, o Ministro Marco Aurélio (2019) traz o entendimento que:

“Não há crime sem lei que o defina, é um passo demasiadamente largo que eu não dou. A normatização cumpre ao Congresso, o monopólio da força é do Estado, e mediante decisão judicial não se pode chegar a tanto. Agora, já há a maioria, né? Estou com meu voto preparado, aguardando a minha vez de votar”.

Juntamente a esse Ministro temos Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, defensores da idéia de que somente o Poder Legislativo pode criar um novo crime e que somente a Lei pode defender a comunidade LGBT.

Consideramos que, mesmo sendo um grande avanço para a sociedade em relação a proteção LGBT, percebemos que mesmo criminalizando a homofobia não iremos obter a totalidade de resultados positivos, visto que, mesmo sendo defendido e criminalizado pelo STF, não será possível trazer uma defesa da forma posta por um Legislativo, pois este colocaria um meio mais ágil e eficaz de punir e

destituir aquele que se pusesse contra a Lei. Desse modo, fazendo com que o sujeito ao se referir perante a outro refletisse duas vezes antes de agir para ferí-lo, e como consequência ele passaria guardar seu preconceito por meio do respeito ou por medo da sanção imposta contra ele.

Mesmo sendo defendido e criminalizado pelo Supremo Tribunal Federal, não foi possível que tivesse detalhes a margem deste assunto, detalhes estes, como uma elementar ou uma qualificadora, por exemplo, homofobia praticada contra adolescentes ou crianças, visto que não temos essa prerrogativa junto ao assunto, pois é tratado de forma genérica, podendo fazer surgir maneiras que livrem o autor a escapar da justiça. Pensamos, também, não somente ao caso daquele que pratica, mas sim ao caso daquele que acusa essa prática, ou seja, como será a averiguação para saber se houve realmente uma discriminação contra essa pessoa e quais os meios tomados contra esse indivíduo caso ela esteja mentindo?

Notamos que o dispositivo não traz especialidade em seu contexto, sendo muito fácil omitir ou mentir informações diante do assunto, podendo futuramente trazer problemas e mais processos desgastantes ao Judiciário, é perceptível que o legislador antes de criar uma lei estabelece o tempo estimado para sua sanção, não sendo uma pena igual pra todos, entende-se que o juiz é apenas o aplicador do direito, aquele direito protegido por um dispositivo específico, para essa elaboração de um novo dispositivo foi preciso que o legislador estudasse e analisasse caso a caso, porém, nesse contexto, vimos que a homofobia foi inclusa pelo STF juntamente a Lei 7.716/1989, sendo um erro, pois, temos dois casos de grande valor social que não são iguais em seu contexto, mas que passaram a ser defendidos por apenas uma única pena. Talvez, ao olhar do Poder Legislativo, seriam sanções tomadas diferentemente, ou seja, já que estão prontos para falar do assunto e criminalizar, que façam da maneira mais correta, criando um dispositivo que seja único para cada assunto.

Por hora, é necessário que ainda façam uma análise mais complexa para termos uma total conversão deste problema e é preciso que essa história mude, já que, todos devem ter direitos de ir e vir, direito também de ser protegido. No entanto protegido por leis que sejam eficientes e imediatas, para que possamos chegar ao fim desta repugna praticada contra a homossexualidade.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se, então, que o assunto gera muitas controvérsias em relação a divisão dos poderes, pois é evidente que cada qual tem sua função deixando o questionamento. Até onde vai essa expansão do judiciário e até que ponto isso traz benefícios para a população brasileira? É claro que a homofobia deve ser criminalizada sim, pois como já vimos, o Brasil é o País que mais mata homossexuais.

A população homossexual além de serem vítimas de agressões físicas, são também vítimas de piadas ou comentários como “ele não é gay, ele é normal”. Então qual é a definição de normal se ser gay não é normal?

É por este e outros motivos que tem que haver uma lei que regulamente esse tipo de preconceito, ou então, até quando seres humanos terão que morrer e os culpados ficarem impunes? Até quando homossexuais ficarão “presos” dentro de si mesmo com inverdades por medo de assumir sua orientação sexual e serem agredidos? Até quando nós seres humanos seremos capazes de excluir pessoas simplesmente porque não aderem as nossas condições?

Finda-se, por hora, nossos estudos com a intenção de deixar visível o enfoque do artigo aqui discutido. Que possamos gerar no leitor não só estes questionamentos como vários outros, para que possamos olhar para essa sociedade de maneira respeitosa e igualitária, fazendo que assim o leitor busque, reflita e discuta mais sobre o tema, adquirindo cada vez mais conhecimento, pois deixamos a certeza que se todos se respeitassem esse tema não estaria em pauta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARIFOUSE, Rafael. 13 jun.19. **STF prova a criminalização da homofobia**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>> Acesso em 05 jul. de 2019.

BARROSO, Luis Roberto 17 mar.15 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=idAWyb9QGDs&t=1681s>>. Acesso em: 23 de mai. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BECCARIA, Cezare. Dos delitos e das penas.2004.

BORTONI, Larissa. 16 mai.18. **O Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>>. Acesso em 10 de mai.2019.

FERRARI, Juliana Spinelli. "**O que é homofobia?**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/psicologia/homofobia.htm>>. Acesso em 15 de ago. 2019.

GRAU, Eros. Por que tenho medo dos juízes.2018.

HAVANY, Thonny. 06 de jun.13. **Homofobia: Conceito, etimologia da palavra e consequências do ato**. Disponível em:<<https://www.geledes.org.br/homofobia-conceito-etimologia-da-palavra-e-consequencias-do-ato/>> Acesso em 10 ago. 2019.

Homossexualidade na Idade Média. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_Idade_M%C3%A9dia>

HUTZELER, Fernanda Souza. O ativismo Judicial e seus reflexos na seguridade nacional.2018.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. 27 ago. 2003. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art07_junqueira.pdf>. Acesso em 13 mai. 2019.

JUS artigos. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/32379/homofobia-analise-historica-do-fenomeno-homossexual-e-sua-possivel-criminalizacao>>. Acesso em 10 de mai. 2019.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 1934.

LEITE, Marcela, CONSTANÇA, Rezende. 13 jun.19. Disponível em:
<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/06/13/stf-aprova-criminalizar-homofobia.htm>> Acesso em: 15 ago. 2019.

MACIEL, Edgar. 21 nov.14. Disponível em:
<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-cada-hora-1-gay-sofre-violencia-no-brasil-denuncias-crescem-460,1595752>> Acesso em: 01 ago.2019.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 2017.

PRESSE, France. 12 jul.12. Disponível em:
<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/07/chile-promulga-nova-lei-antidiscriminacao-indo-contra-seu-conservadorismo.html>> Acesso em: 08 jul. 2019.

SILVA, R., BORNIA, J. **Homofobia: A Discriminação por Orientação Sexual e a Legislação Penal Brasileira.** 14 jul.09.

Disponível em:

<<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article/view/1040/768>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

TONIETTE, Marcelo Augusto. **Um Breve Olhar Histórico Sobre a Homossexualidade. Revista Brasileira de Sexualidade Humana.** 01 jun.06.

Disponível em: <<http://www.sbrash.org.br/portal/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37>>. Acesso em 03 mai. 2019.

VARELLA, Dráuzio 17 mai.18.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=luBVQtbXSv0>>. Acesso em 13 de mai. 2019.

VIAPIANA, Tábata. **Criminalização da Homofobia.** 06 jun.19. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/marco-aurelio-stf-nao-criminalizar-homofobia-lei>>. Acesso em 01 ago. de 2019.